

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

– Sektion Rechtswissenschaft –

Nr. 330

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Dr. Günter Hirsch

Richter am EuGH, Luxemburg

**Die Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips
auf die Rechtsetzungsbefugnis der
Europäischen Gemeinschaften**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 9. Mai 1995

1995 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,- DM

Die Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips auf die Rechtsetzungsbefugnis der Europäischen Gemeinschaften¹

Ich möchte meinen Vortrag wie folgt gliedern:

Als erstes werde ich einige Ausführungen machen zu der rechtspolitischen Ausgangssituation, die den Hintergrund gebildet hat für die Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in den Vertrag von Maastricht.

Dann will ich die formaljuristische Situation kurz darstellen und erläutern sowie eine Übersicht über die grundsätzlichen Argumente *pro* und *contra* geben.

Schließlich - und das liegt mir selbstverständlich besonders am Herzen - werde ich meine eigene Bewertung des Subsidiaritätsprinzips sowie seiner Justitiabilität darlegen.

1. Wie allgemein bekannt, hat insbesondere Deutschland - unter wenig sanftem Druck der Länder - darauf gedrängt, daß das Subsidiaritätsprinzip im Unionsvertrag von Maastricht festgeschrieben worden ist.

Will man die Bedeutung und Durchschlagskraft dieses Prinzips beurteilen, sollte man sich als erstes klar machen, warum es verfochten wurde; man muß also die Frage nach dem *rechtspolitischen Anlaß* und dem Ziel für die Formulierung und Kodifizierung dieses Prinzips stellen.

Anfang der neunziger Jahre geriet die europäische Normsetzung in das kritische Visier der Medien und von Staats- und Verfassungsrechtlern in Deutschland - aber nicht nur hier. Es ging nicht mehr nur um die vielgescholtene Normenflut - inzwischen hat ja fast jedes zweite deutsche Gesetz seinen Ursprung in Brüssel, im Bereich des Wirtschaftsrechts sind gar etwa 80% des Normbestandes im weitesten Sinne Gemeinschaftsrecht. Die Kritik an der Normsetzung der EG bekam eine grundsätzliche staats- und verfassungsrechtliche Note.

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten.

So wurde etwa auf einer Sitzung der ständigen Deputation des deutschen Juristentages im März 1992 vor der "Gefahr eines Systemwechsels durch den Gesandtenkongreß in Brüssel" gewarnt; der SPIEGEL schrieb, seit Jahrzehnten sei ein Ermächtigungsgesetz in Kraft, genannt EWG-Vertrag, das Folterwerkzeuge zur Entmachtung des Parlaments enthielte; von "Umsturz" war die Rede.²

Ein ehemaliger Verfassungsrichter wurde in der FAZ mit der Aussage zitiert, die Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaft gefährde das Demokratieprinzip³; auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Oktober 1993 über den Maastricht-Vertrag⁴ ist deutlich geprägt von der mit dem Demokratieprinzip begründeten Tendenz, der europäischen Normsetzung strikte Grenzen zu setzen.

Mit dem Subsidiaritätsprinzip glaubte man - glaubt mancher - ein Mittel gefunden zu haben, um die als hypertroph diagnostizierte EG-Normsetzung zu therapieren.

2. Was kann man realistischerweise erwarten vom Subsidiaritätsprinzip?

Die Auffassungen über die tatsächlichen oder wünschenswerten praktischen Wirkungen des Subsidiaritätsprinzips sind - was nicht weiter verwundert - geprägt von der jeweiligen europapolitischen Bewertung des Prinzips als solchem. Und hier klaffen die Meinungen weit auseinander. Damit sind wir, wie ich meine, beim Kern des Problems.

Für die einen ist das Subsidiaritätsprinzip das "Architekturprinzip einer zukünftigen föderalen Ordnung in Europa" (so Konferenz der Ministerpräsidenten am 20./21.12.1990).⁵ Es soll einer "Erosion mitgliedstaatli-

² Vgl. Rabe, in: 59. Deutscher Juristentag 1992, Schlußveranstaltung, T. 8.

³ Grimm, Dieter, FAZ vom 17.9.1992, S. 38, ausführlich in: Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1994, S. 6 ff.

⁴ BVerfGE 89, 155 ff.

⁵ Abgedruckt in Vogel/Oettinger, Föderalismus in der Bevölkerung, Berlin 1992.

cher Zuständigkeiten" und damit "einer Entleerung der Aufgaben und Befugnisse des Bundestages" entgegenwirken.⁶ Welch große Bedeutung dem Subsidiaritätsprinzip in Deutschland beigemessen wird, zeigt im übrigen auch die Änderung von Artikel 23 des Grundgesetzes vom 21.12.1992. Hiernach ist die Mitwirkung der Bundesrepublik bei der Entwicklung der Europäischen Union daran gebunden, daß diese Union "dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist". Der Bundesrat hätte dem Vertrag von Maastricht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zugestimmt - so daß er in Deutschland nicht hätte ratifiziert werden können -, wenn das Subsidiaritätsprinzip nicht, entsprechend einer Forderung der Ministerpräsidenten vom 7.6.1990, verankert worden wäre.

Das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Maastricht-Entscheidung vom 12.10.1993 die fundamentale verfassungsrechtliche Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips und verpflichtet die Bundesregierung darauf, "ihren Einfluß zugunsten einer *strikten Handhabung* des Artikels 3 b Abs. 2 EGV geltend zu machen und damit die ihr durch Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG auferlegte Verfassungspflicht zu erfüllen." Dem Subsidiaritätsprinzip wird somit in Deutschland von maßgeblicher Seite nicht nur die Funktion eines föderalen Grundprinzips für die weitere Integration des "Staatenverbundes" Europäische Union beigemessen; man muß es auch beim Wort nehmen, d.h. strikt anwenden, will man nicht verfassungsrechtliche Komplikationen heraufbeschwören.

Seine diametral entgegengesetzte Auffassung über die politische Klugheit und reale Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips bringt dagegen *Pescatore*⁷ (ehemaliger Richter am EuGH) bereits im Titel seines Beitrags in der Festschrift für Everling drastisch zum Ausdruck: "Mit der Subsidiarität leben Gedanken zu einer drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft." Nach ihm wird das Subsidiaritätsprinzip kein einziges sachliches Problem der EG lösen und nichts anderes bewirken als den Weg zurück in die nationalstaatliche Anarchie. Es führe zu einer Destabilisierung, habe einen immanenten Desintegrationseffekt und werde - so

⁶ So BVerfGE 89, 155 (211).

⁷ Pescatore, Pierre, Mit der Subsidiarität leben - Gedanken zu einer drohenden Balkanisierung der Europäischen Gemeinschaft, FS Everling Bd. II, S. 1071.

Pescatore - zur Folge haben, daß die mit äußerster Mühe über die Jahre hinweg bewerkstelligte organische Wahrnehmung des Gesamtinteresses der europäischen Bürger nun grundsätzlich und unbesehen in die Hände der Mitgliedstaaten mit ihren unkontrollierten, auseinanderstrebenden Interessen zurückgespielt werde. Die Schuld für dieses Malheur sieht *Pescatore* bei *Jacques Delors*⁸, der mit dieser unverzeihlichen Aktion den Neo-Nationalismus von *Margaret Thatcher*⁹ habe beschwichtigen wollen; die Bundesrepublik, unter dem Kreuzfeuer der Länder, habe an dieser Aktion, die im Grunde nicht nur gegen die Gemeinschaft, sondern gegen sie selbst als Zentralmacht gerichtet gewesen sei, regen Anteil genommen.

Auf der Grundlage seiner fundamentalen, um nicht zu sagen fundamentalistischen Ablehnung des Subsidiaritätsprinzips sieht *Pescatore* Möglichkeiten zur Schadensminimierung ersichtlich darin, den Bereich ausschließlicher Kompetenzen der Gemeinschaft, der ja immun ist gegen das Subsidiaritätsprinzip, in der Sache extensiv zu interpretieren¹⁰, sowie darin, daß das Subsidiaritätsprinzip zwar theoretisch justitiabel sei, die Voraussetzungen des subsidiären Tätigwerdens jedoch als Ermessensfrage faktisch kaum überprüfbar seien.

3. Lassen Sie mich nun das Subsidiaritätsprinzip kurz darstellen und erklären.¹¹ Das Subsidiaritätsprinzip ist an mehreren Stellen im Vertrag

⁸ S. Rede von *Delors* am Europa-Kolleg in Brügge 1988, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1989, Nr. 10, S. 114 ff.

⁹ Die zurückhaltende Haltung von Großbritannien gegenüber der Zentralisierung der Gemeinschaft wurde von *Margaret Thatcher* deutlich dargestellt: "*But working more closely together does not require power to be centralized in Brussels or decisions to be taken by an appointed bureaucracy. [...] We have not successfully rolled back the frontiers of the state in Britain, only to see them reimposed at a European level, with a European super-state exercising a new dominance from Brussels*", Eröffnungsrede am Europa-Kolleg in Brügge vom 20.9.1988.

¹⁰ Dagegen, Calliess, Christian, Der Schlüsselbegriff der "ausschließlichen Zuständigkeit" im Subsidiaritätsprinzip des Art. 3 b II EGV, EuZW 1995, S. 693 ff.

¹¹ Ausführlich hierzu u.a. Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968; Stewing, Clemens, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, Köln u.a. 1992; Santer, Jacques, *Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité*, in: Institut Européen d'Administration Publique (Hrsg.), *Subsidiarité: défi du changement*. Actes du Colloque Jacques Delors,

über die Europäische Union sowie im EG-Vertrag festgeschrieben. *Sedes materiae* ist insbesondere der durch den EU-Vertrag eingefügte Art. 3 b Abs. 2 des EGV, der für die Europäische Gemeinschaft den Anwendungsbereich und den Inhalt des Subsidiaritätsprinzips festlegt. Dieses Prinzip ist hiernach anwendbar in den Bereichen, die nicht in die ausschließliche Kompetenz der Gemeinschaft fallen, und es besagt, daß die Gemeinschaft nur tätig wird, "sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können".

Erwähnt wird das Subsidiaritätsprinzip außerdem in der Präambel zum Unionsvertrag, in der es heißt, man sei "entschlossen, den Prozeß der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiter zu führen."

Nach Art. B Abs. 2 des Unionsvertrages werden die definierten Ziele der Union "unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, wie es in Art. 3 b des EG-Vertrages bestimmt ist", verwirklicht.

Schließlich findet sich das Subsidiaritätsprinzip auch, ohne ausdrücklich genannt zu werden, in Art. K 3 Abs. 2 b des Unionsvertrages.

Für unser Thema ist insbesondere die Regelung in Art. 3 b Abs. 2 EGV maßgebend. Ich will hier nicht auf die Auslegungsprobleme dieser Bestimmung im einzelnen eingehen.¹² Nur soviel:

Adressat des Subsidiaritätsprinzips sind sämtliche Gemeinschaftsorgane im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse. Gegenstand des Prinzips sind sämtliche Maßnahmen und Handlungsformen dieser Organe. Es zielt also

Maastricht 1991, S. 21 ff.

¹² Vgl. dazu: Schima, Bernhard, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Wien 1994; von Borries, Reimer, Das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union, EuR 1994, S. 263, m.w.N.; Stein, Torsten, Subsidiarität als Rechtsprinzip?, in: Merten, Die Subsidiarität Europas, Berlin 1993.

zwar schwerpunktmäßig, aber nicht ausschließlich auf die Normsetzung in all ihren Stufen. Der EuGH ist zwar als Adressat nicht ausgenommen, ist aber in seinem Zuständigkeitsbereich ausschließlich zuständig.

Voraussetzung dafür, daß das Subsidiaritätsprinzip greift, ist als erstes, daß es sich um die Tätigkeit in einem Bereich handelt, für den die Gemeinschaft nicht ausschließlich zuständig ist. Damit wird ein *Kompetenzbegriff* eingeführt, den der Vertrag bisher nicht kannte und den er nicht definiert. Dies ist eine der Schwächen dieser Vorschrift. Es gibt keinen Kompetenzkatalog für die Europäische Gemeinschaft, so wie er z.B. in den Artikeln 73-75 des Grundgesetzes festgeschrieben ist.¹³ Zwar hat der EuGH bestimmte Zuständigkeiten der Gemeinschaft als ausschließliche anerkannt, etwa die Kompetenz für die Handelspolitik, die Festlegung des Zolltarifs und das materielle Zollrecht sowie für die Erhaltung der Fischereiressourcen. Artikel 3 b Abs. 2 hat also insoweit die Rechtsprechung des EuGH aufgenommen und das Bestehen von ausschließlichen Kompetenzen der Gemeinschaft anerkannt. Ein abschließender Katalog der ausschließlichen Zuständigkeiten der EG existiert jedoch nicht; insoweit bedarf es auch weiterhin einer Auslegung der einzelnen Aufgaben und Politikbereiche, unter Umständen in einer nicht nur horizontalen, sondern auch vertikalen Schichtung.

Einige Äußerungen der Kommission¹⁴ lassen vermuten, daß sie den Bereich der ausschließlichen EG-Kompetenzen extensiv interpretieren will. Hier zeichnet sich ein Konfliktfeld von erheblicher - auch verfassungsrechtlicher - Brisanz ab. Es wird Aufgabe des EuGH sein, bei Klagen im Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip als Vorfrage jeweils zu prüfen, ob es sich um eine ausschließliche Zuständigkeit der EG handelt, weil bejahendenfalls sich die Subsidiaritätsfrage nicht stellt. Auf diese Weise wird sich im Laufe der Zeit richterrechtlich ein sich immer mehr füllender Kompetenzkatalog ergeben.

Nach den Adressaten und dem Anwendungsbereich des Subsidiaritäts-

¹³ Siehe, Schima, Bernhard, a.a.O. (Fn. 12), S. 13. Vgl. Bleckmann, Albert, Europarecht, Köln u.a. 1990, Rdnr. 110.

¹⁴ Abgedruckt in: Merten, (a.a.O.), Anhang, S. 112 ff.

prinzips nun einige Sätze zum *Inhalt*:

Nach Art. 3 b Abs. 2 EGV ist der Gemeinschaft subsidiäres Tätigwerden eröffnet, wenn "die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können". Man könnte die Frage stellen, ob damit die Voraussetzungen der Subsidiarität abschließend definiert sind, oder ob mit der Verpflichtung der Gemeinschaft auf ein Tätigwerden "nach dem Subsidiaritätsprinzip" auf ein weiteres grundsätzliches Kriterium verwiesen wird. Aus den Vorarbeiten zu dieser Vorschrift ergibt sich jedoch nicht, daß ihr ein Konsens über die Existenz und die Substanz eines gesellschafts- oder verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips zugrunde gelegen hätte, etwa im Sinne der katholischen Soziallehre oder einer bestimmten Föderalismustheorie. Es ist deshalb davon auszugehen, daß das Subsidiaritätsprinzip ausschließlich nach und aus dem vertraglichen Kontext des Artikels 3 b Abs. 2 auszulegen ist.

Diese Auslegung ist in der Theorie ziemlich klar:

Als erstes ist zu fragen, ob die Ziele der Maßnahme nicht *ausreichend* auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können. Es wird nicht gefordert, daß die Mitgliedstaaten diese Ziele ebensogut oder gar besser als die Gemeinschaft erreichen können; es genügt, wenn die Ziele ausreichend (*suffisante*) auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können. Es genügt allerdings nicht, wenn lediglich ein oder einige Mitgliedstaaten das Ziel der geplanten Maßnahme ausreichend erreichen können; Voraussetzung für die Sperrwirkung gegenüber der Gemeinschaft ist, daß sämtliche Mitgliedstaaten hierzu in der Lage sind.

Eine interessante Frage ist es, ob völkerrechtliche Abkommen, z.B. Übereinkommen des Europarates, die Wirkung haben können, die Subsidiaritätsschranke zu Lasten einer Gemeinschaftsregelung auszulösen. Ein Satz in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Fernsehrichtlinie¹⁵ könnte dahin verstanden werden, daß derartige Übereinkom-

¹⁵ BVerfG: Beteiligungsrechte der Länder und Verhalten des Bundes beim Zustandekommen von EG-Rechtsakten, EuZW 1995, S. 277 (283) zu der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts und Verwaltungs-

men prinzipiell nicht geeignet sind, eine EG-Regelung zu ersetzen, weil nur bei letzterer eine Überprüfung durch den EuGH möglich ist. Diese Begründung überzeugt nicht, insbesondere da das BVerfG das Problem nicht unter Einbeziehung des Subsidiaritätsproblems vertieft hat. Ich will jedoch das vielschichtige Problem des Verhältnisses vom Europarecht zu völkerrechtlichen Übereinkommen der europäischen Staaten unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips (also die Frage der "dritten Ebene", die zum nationalen und zum Gemeinschaftsrecht hinzutritt) hier nicht vertiefen.

Will ein EG-Organ im Bereich einer nicht ausschließlichen Zuständigkeit tätig werden, muß es *nachvollziehbar darlegen*, daß Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichen zur Erlangung des erstrebten Zieles. Aus dem allgemeinen Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Verbindung mit der Normierung des Subsidiaritätsprinzips folgt ein *Handlungsvorrang* der Mitgliedstaaten gegenüber den Gemeinschaften sowie die *Beweislast* der Gemeinschaft für das Vorliegen der Umstände, die ihre - lediglich subsidiäre - Handlungsbefugnis begründen.

Steht fest, daß die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen nicht ausreichend auf der Ebene der Mitgliedstaaten erreicht werden können, ist auf einer *zweiten Stufe* zu prüfen, ob sie wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Kann ein Ziel weder auf Mitglieds- noch auf Gemeinschaftsebene ausreichend erreicht werden, fehlt die Handlungsbefugnis für die Gemeinschaft. Welche konkrete Bedeutung die konditionale Verknüpfung der zweiten Voraussetzung mit der ersten (... "und daher ...") hat, erscheint unklar, - jedenfalls nimmt sie der zweiten Voraussetzung nicht ihre Eigenständigkeit.

Nach Art. 190 EGV sind Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen mit Gründen zu versehen; diese Begründungspflicht bezieht sich auch auf die Umstände, aus denen die Kompetenz für ein Tätigwerden der Ge-

vorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. L Nr. 298, S. 23; vgl. zum Problem auch Schwartz, EG-Kompetenzen für den Binnenmarkt: Exklusiv oder konkurrierend/subsidiär?, in: FS Everling, Bd. II, S. 1353 f.

meinschaft im Bereich nicht ausschließlicher Zuständigkeiten hergeleitet wird. Dieser Begründungspflicht¹⁶ kommt große Bedeutung zu, da sie einerseits das Gemeinschaftsorgan zwingt, nachvollziehbar ihre Erwägungen und die zugrunde liegenden Fakten offenzulegen, und da sie andererseits die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt, gegebenenfalls Gegenargumente vorzubringen.

Dies ist, wie gesagt, der normtheoretische Inhalt von Art. 3 b EGV. Aber: Setzen wir dem "seligen Schweben in der Schwerelosigkeit der Theorie" ein Ende und klopfen wir das Subsidiaritätsprinzip auf seine reale Bedeutung ab.

4. Die praktischen Wirkungen des Subsidiaritätsprinzips

Für die Auslegung von Art. 3 b Abs. 2 ist nicht entscheidend, welchen *Ursprung* und welche *Bedeutung*¹⁷ dieses Prinzip in anderen Bereichen hat. Mag es, wie vertreten wird, auf *Aristoteles*, *Thomas von Aquin* und *Althusius* und einige mehr zurückgehen, mögen seine Verfechter bei den Verhandlungen des Vertrages von Maastricht den Begriff aus der katholischen Soziallehre eines *Oswald von Nell-Breuning* und der *Quadragesimo anno*¹⁸ von *Papst Pius XI.* aus dem Jahre 1931 entnommen haben - für die Bedeutung des Prinzips im europäischen Integrationsprozess kommt dem allenfalls marginale Bedeutung zu. Ich will mich auch nicht in den Streit einmischen, ob das Subsidiaritätsprinzip ein allgemeines gesellschaftspolitisches Prinzip ist, ob es sich um einen dem Föderalismus immanenten Grundsatz handelt und ob es seine Wurzeln in der liberalen Staatslehre hat.

Das Subsidiaritätsprinzip ist viel mehr als *operativer Begriff* im Zusammenhang mit der Gründung der Europäischen Union, also als Anlaß eines

¹⁶ Ausführlich Müller-Ibold, Till, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt 1990.

¹⁷ Ausführlich, Pieper, Stefan Ulrich, Subsidiarität, Köln/Berlin/Bonn/München 1994.

¹⁸ Veröffentlicht in AAS XXIII 1931, S. 177 ff. Siehe Bartelt, Michael, Subsidiarität, in: Th. Schober u.a. (Hrsg.), Evangelisches Soziallexikon, Stuttgart 1980.

qualitativen Integrationsschrittes der Europäischen Gemeinschaft, in die gegenwärtige und zukünftige europäische Architektur eingebaut worden.

Wenn sich kleinere staatliche Einheiten zu einer größeren zusammenschließen und eine föderale Struktur bilden, geschieht dies "von unten nach oben." So war es 1949 in Deutschland, als sich die westdeutschen Länder zur Bundesrepublik Deutschland zusammengefunden haben. Eine politische und historische Parallele könnte man zum Beitritt der süddeutschen Länder zum Norddeutschen Bund im Jahr 1871 ziehen. Staatsrechtler vertraten damals, ebenso wie heute das BVerfG im Hinblick auf die Europäische Gemeinschaft, die Auffassung, die dadurch entstandene Gemeinschaft sei zwar noch kein Staat, aber doch mehr als nur ein Bündnis, es sei ein Gebilde *sui generis*. In einem ähnlichen Prozeß befindet sich heute die Gemeinschaft der europäischen Völker.

Organisieren sich Staaten in einer übergeordneten Einheit von unten nach oben und übertragen sie dieser supranationalen Einheit Hoheitsbefugnisse, insbesondere Normsetzungskompetenzen, legen sie dieser Delegation nach oben regelmäßig zwei verfassungspolitische und verfassungsrechtliche Grundstrukturen zugrunde: das Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung, das insbesondere einen Schluß von der Aufgabe auf die Befugnisse verbietet, und das Prinzip der Subsidiarität. Letzteres dient der Lösung von Normsetzungskonkurrenzen, die mit der Übertragung von Normsetzungskompetenzen in aller Regel einhergehen.

Normsetzungskompetenzen können in drei klassischen Formen übertragen werden: erstens kann eine Kompetenz zur ausschließlichen Ausübung durch die Zentralmacht übertragen werden, zweitens zur ausschließlichen Wahrnehmung beim Gliedstaat bleiben, drittens als konkurrierende Kompetenz ausgestaltet werden. Bei letzterer geht es um Bereiche, die zwar in sinnvoller Weise (bis zu einem gewissen Grad) einheitlich geregelt werden sollten, bei denen jedoch die *Gleichheit* oder *Gleichwertigkeit* der Rechtslagen je nach Sachbereich auch durch Normen der unteren Ebene erreicht werden kann. Für konkurrierende Kompetenzen bleiben die Einzelstaaten deshalb in aller Regel in der Vorhand, sie überlassen in diesen Bereichen die Regelungskompetenz nur subsidiär der Zentralmacht, nämlich nur für die Fälle, in denen sie selbst zu ausreichender gemeinschafts-

dienlicher Normsetzung nicht in der Lage sind.

Die Auflösung von Normsetzungskonkurrenzen durch das Subsidiaritätsprinzip ist somit das Korrelat für die Übertragung von Kompetenzen zur nicht ausschließlichen Ausübung.

Dieses Prinzip wurde in der Präambel zum EU-Vertrag als Strukturprinzip für die Entscheidungen in einem zukünftigen Europa verankert. Es wurde aber auch, mit gleicher Bedeutung, für die Entscheidungsprozesse der bereits bestehenden Gemeinschaft in Art. 3 b Abs. 2 EGV festgelegt und konkretisiert.

Damit wird die Gemeinschaft keineswegs geschwächt, sondern ganz im Gegenteil mit einem zukunftsorientierten, integrationsfördernden Element angereichert. Europa wird nur dann Akzeptanz bei den Bürgern finden, wenn zentrale Strukturen und Befugnisse auf das Nötige beschränkt werden und *nationale Identitäten* sich auch noch weitgehend in *nationaler Souveränität* wiederfinden.¹⁹ Kurz gesagt: soviel europäische Hoheitsmacht wie nötig, soviel nationale Souveränität wie möglich - das sollte, wenn schon nicht aus Überzeugung, so jedenfalls aus politischer Klugheit (gegenwärtig) die Devise der Stunde sein.

Es darf also nicht darum gehen, das Subsidiaritätsprinzip in Frage zu stellen und nach Mittel und Wegen zu suchen, es kaltzustellen. Mit dem Bundesverfassungsgericht ist vielmehr darauf hinzuweisen, daß nur seine strikte Respektierung durch die europäischen Institutionen dem gegenwärtigen Integrationsstand und der Verfassungslage in Deutschland entspricht.

Was bedeutet dies nun konkret?

Es bedeutet, daß das Subsidiaritätsprinzip als *Kompetenzausübungsregelung* (daß es nicht *kompetenzbegründend* gemeint ist, scheint eindeutig) in Bereichen nicht ausschließlicher EG-Kompetenzen für das Ob, das Was und das Wie einer Maßnahme gilt. Es geht also nicht nur um die Ent-

¹⁹ Vgl. auch BVerfGE 89, 155 (211).

scheidung für oder gegen eine EG-Maßnahme, es geht auch, und - wie ich meine - sogar schwerpunktmäßig um die *Wahl des Mittels*, der Instrumente. Es wird kontrovers diskutiert, ob die Richtlinie das "typisch subsidiarische Instrument" sei.²⁰ Meines Erachtens ist dies nicht nur - in Übereinstimmung mit der Kommission - eindeutig zu bejahen, vielmehr ist dies nur ein - wenn auch gewichtiger - Aspekt eines umfassenderen Prinzips. Meines Erachtens zwingt das Subsidiaritätsprinzip dazu, *den Maß-nahmenkatalog des Artikels 189 EGV in umgekehrter Ordnung zu hierarchisieren*. Dies bedeutet: Wenn eine Richtlinie ausreicht, besteht keine Kompetenz für eine Verordnung, wenn eine Entscheidung ausreicht, besteht keine Kompetenz für eine Richtlinie, wenn eine Empfehlung ausreicht, besteht keine Kompetenz für eine Entscheidung und wenn eine Stellungnahme ausreicht, ist kein Platz für eine Empfehlung.²¹

Man muß darüber nachdenken, ob das Subsidiaritätsprinzip nicht noch weitergehende Wirkungen zeitigt. Nachdem der EuGH unter bestimmten Voraussetzungen Bestimmungen in einer nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinie, die hinreichend bestimmt und unbedingt sind, unmittelbare Wirkung in die innerstaatlichen Rechtsordnungen hinein zugebilligt (und damit die Richtlinien dem Einzugsgebiet der Verordnung näher gerückt) hat, gibt es zwei Kategorien von Richtlinienvorschriften: ausfüllungsbedürftige und potentiell direkt wirkende.

Meines Erachtens muß unter der Kompetenzausübungsregelung des Artikels 3 b Abs. 2 EGV ein Gefälle angenommen werden dergestalt, daß eine Richtlinienvorschrift nur dann so konkret und unbedingt ausgestaltet werden darf, daß sie direkte Wirkung zeitigt, wenn die Voraussetzungen nach Art. 3 b Abs. 2 EGV vorliegen. Allgemein ausgedrückt: Das Subsidiaritätsprinzip gilt auch für die Entscheidung über die *Regelungs-*

²⁰ So Kommission in: Mitteilungen an den Rat und an das Europäische Parlament vom 27.10.1991, SEK(92) 1990 endg., Bulletin EG 10, 1992, S. 125; siehe auch Pieper, Stefan Ulrich, Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, DVBl. 1993, S. 705 ff. S. auch Krauß, Hans-Peter, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991; Constantinesco, Vlad, Subsidiarität: Zentrales Verfassungsprinzip für die Politische Union, Integration 13 (1990), S. 165 ff.

²¹ Hierzu kritisch Pescatore, a.a.O. (Fn. 7), S. 1079.

dichte der Gemeinschaft.²²

5. Abschließend noch ein Wort zur Justitiabilität²³:

Artikel 3 b Abs. 2 EGV hat nicht nur politischen Appelcharakter, sondern ist eine *Rechtsvorschrift* des Vertrages. Damit unterliegt er der Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 164 EG-Vertrag. Dies kann meines Erachtens nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.²⁴

Man kann mit guten Gründen sogar behaupten, daß für eine föderal strukturierte Gemeinschaft die Justitiabilität der Kompetenzlage unabdingbar und systemimmanent ist. Kein Staat wird Gesetzgebungszuständigkeiten abgeben, wenn ihm nicht die Möglichkeit verbleibt, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob sich die Empfänger der Kompetenz an die vereinbarten Grenzen halten.

Die sehr viel schwierigere Frage ist jedoch die nach den *Grenzen der Justitiabilität*.

In *formeller* Hinsicht kann sicherlich nachgeprüft werden, ob die nach Art. 190 EG-Vertrag erforderliche Begründung die Inanspruchnahme einer subsidiären Regelungskompetenz ausreichend abdeckt.

Überprüfbar ist des weiteren, ob es sich um eine Maßnahme im Bereich einer *nicht ausschließlichen* Kompetenz²⁵ handelt.

²² Vgl. auch Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, a.a.O. (Fn. 20), S. 126.

²³ S. zur Justitiabilität, Toth, A. G. (kritisch), *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, CML Rev. 19 (1992), S. 1079 ff.; Jacqué, Jean-Paul/Weiler, Joseph, *Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire*, RTDE 1990, S. 441 ff. = *On the Road to European Union - a New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference*, CML Rev. 27 (1990), S. 185 ff.

²⁴ Hiervon geht auch das BVerfG an; vgl. BVerfGE 89, 155 (211).

²⁵ Ausführlich Calliess, Christian, a.a.O. (Fn. 7).

Dagegen handelt es sich bei den materiellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer subsidiären Kompetenz um Rechtsbegriffe von erheblicher Unbestimmtheit, auch wenn sie durch das "Gesamtkonzept des Europäischen Rates von Edinburgh zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips" vom 11./12. Dezember 1993 bemerkenswerte Konkretisierungen erfahren haben. Die Entscheidung, ob die Tatbestandsmerkmale des Artikels 3 b Abs. 2 EGV vorliegen und ob die Gemeinschaft tätig werden soll, erfordert die Bewertung komplexer Sachverhalte, die der EuGH wohl nur daraufhin überprüfen kann, ob sie auf unzutreffenden Tatsachen beruhen oder ob Ermessen mißbräuchlich ausgeübt wurde. Die der deutschen Dogmatik entsprechende Differenzierung zwischen Ermessens- und Beurteilungsspielraum hat der EuGH bisher nicht nachvollzogen; er wird es vermutlich auch nicht im Rahmen des Artikels 3 b Abs. 2 EG-Vertrag tun.

Der EuGH wird demnächst Gelegenheit haben, sich mit der ersten Subsidiaritätsrüge zu befassen; Großbritannien hat in einer Vorlage zur Arbeitszeitrichtlinie unter anderem vorgetragen, Art. 3 b Abs. 2 des Vertrages stünde insoweit dem Tätigwerden der Gemeinschaft entgegen.²⁶

Abschließend noch ein kleiner Seitenblick nach Karlsruhe. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Maastricht-Entscheidung den EuGH ausdrücklich in die Pflicht nimmt, die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu überwachen, steht dies doch wohl in einem gewissen Gegensatz zu seiner eigenen Enthaltensamkeit bei der Überprüfung, ob der Bundesgesetzgeber bei der Inanspruchnahme einer konkurrierenden Kompetenz die ihm nach Art. 72 Abs. 1 Grundgesetz gesetzten Grenzen beachtet hat.

²⁶ C-84/94.